

VU Research Portal

Noot bij: Hof van Justitie EU, C-570/07 en C-571/07 (Gomez en Perez) (territoriale spreiding apotheken)

Botman, M.R.

published in

Administratiefrechtelijke beslissingen
2010

document version

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Botman, M. R. (2010). Noot bij: Hof van Justitie EU, C-570/07 en C-571/07 (Gomez en Perez) (territoriale spreiding apotheken). *Administratiefrechtelijke beslissingen*, 2010(272).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

This is a postprint of

Noot bij: Hof van Justitie EU, C-570/07 en C-571/07 (Gomez en Perez) (territoriale spreiding apotheken)

Botman, M.R.

Administratiefrechtelijke beslissingen, 39(272), 2527-2542

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/41528>

(Article begins on next page)

Auteur: M.R. Botman^[*]

1. Mag de vestiging van een onderneming, in casu een apotheek, afhankelijk worden gesteld van demografische en geografische criteria? Deze vraag staat centraal in de zaken Gómez en Pérez. In deze noot wordt allereerst het antwoord van het Hof geanalyseerd. Vervolgens zal worden nagegaan welke consequenties het arrest heeft voor de Nederlandse rechtspraak.

Waar gaat de zaak over? Degene die in Spanje een apotheek wil openen, dient hiertoe op grond van een nationale regeling over een vergunning te beschikken. Het verkrijgen van deze vergunning is afhankelijk gesteld van demografische en geografische criteria: de standaardnorm is dat slechts één apotheek per 2800 inwoners kan worden gevestigd en dat tussen apotheken een minimumafstand in acht dient te worden genomen van 250 meter. Met deze regels beoogt Spanje de gehele bevolking van veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelen te voorzien. De Spaanse regio Asturië heeft ter uitvoering van de nationale regeling een decreet vastgesteld, waarin de standaardnormen zijn overgenomen, alsmede het systeem van vergunningverlening; eenmaal per jaar worden de nieuwe apotheken aan de hand van vastgestelde criteria onder de geïnteresseerden verdeeld.

2. Pérez en Gómez zijn allebei gediplomeerde apothekers en willen graag een nieuwe apotheek vestigen in Asturië, echter zonder daarbij de regeling te volgen die voorziet in de territoriale planning. Zij vechten in een tweetal procedures de bestaande regelingen aan. In beide procedures stelt de nationale rechter prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van het decreet met de in [artikel 49](#) VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging (voorheen artikel 43 EG).

- Sommige lidstaten hebben betoogd dat de verzoeken om prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn, omdat een grensoverschrijdend element ontbreekt en de vragen dus geen verband houden met het unierecht. Het gaat immers om Spaanse apothekers die zich in Spanje willen vestigen. Het Hof gaat hier, zoals gebruikelijk, niet in mee (zie bijvoorbeeld zaak C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, *Jur.* 2006, p. 2941, r.o. 29, zie ook recentelijk zaak C-393/08, *Sbarigia*, 1 juli 2010, n.n.g. met een andere uitkomst). Weliswaar heeft de zaak
3. betrekking op een zuiver interne situatie, maar ook in dat geval kan een antwoord van het Hof nuttig zijn, met name wanneer het nationale recht voorschrijft dat een Spaanse burger dezelfde rechten toekomen als een burger van een andere lidstaat (r.o. 39). Als tweede argument noemt het Hof dat niet kan worden uitgesloten dat burgers in andere lidstaten in Asturië een apotheek (hebben) willen exploiteren (r.o. 40). Door deze pragmatische aanpak van het Hof zijn de verzoeken toch ontvankelijk. Welke betekenis het antwoord van het Hof zal hebben voor de zaken Gómez en Pérez, is evenwel afhankelijk van het nationale Spaanse recht.

- Apotheken maken deel uit van de gezondheidszorg binnen een lidstaat (zie bijvoorbeeld zaken C-171/07 en C-172/07, *Apothekerskammer des Saarlandes e.a.*, *Jur.* 2009, I-4171). Hoewel het unierecht geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de lidstaten om hun systeem van gezondheidszorg in te richten, moeten zij bij de uitoefening van deze bevoegdheid rekening
4. houden met de regels van de interne markt, zoals de vrijheid van vestiging. Het is derhalve verboden maatregelen in te voeren of te handhaven die het gebruik van de vier vrijheden op het gebied van de gezondheidszorg op ongerechtvaardigde wijze beperken. Het Hof hanteert bij de beoordeling van de Spaanse regeling dan ook het vaste toetsingsschema. Daarbij houdt het Hof evenwel rekening met het feit dat lidstaten zelf mogen beslissen op welk niveau zij de

bescherming van de volksgezondheid willen verzekeren en hoe dit dient te gebeuren. Aangezien dit per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een beoordelingsmarge (r.o. 44).

Het Hof gaat in de eerste plaats na of de voorwaarden met betrekking tot de bevolkingsdichtheid en de minimumafstand een beperking vormen van de vrijheid van vestiging (r.o. 53-60). Volgens vaste rechtspraak is er reeds sprake van een beperking indien een nationale regeling de uitoefening van deze vrijheid door burgers van de Unie kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken (C-442/02, *Caixabank*, *Jur.* 2004, p. I-8961). Daaronder valt met name een regeling die de oprichting van een onderneming afhankelijk stelt van de afgifte van een voorafgaande vergunning (C-76/90, *Säger*, *Jur.* 1991, p. I-4221). Ook een regeling die de uitoefening van een activiteit afhankelijk stelt van de economische of

5. sociale behoeften aan deze activiteit, vormt een beperking van het vrij verkeer, aangezien deze ertoe strekt het aantal dienstverrichters te beperken (C-244/04, *Cie/Frankrijk*, *Jur.* 2006, p. I-5251). In de recente zaak *Hartlauer* werd daarom een nationale regeling die de opening van tandheelkundige poliklinieken slechts toeliet wanneer er volgens de plaatselijke autoriteiten behoefte bestond aan nieuwe klinieken, als beperking van de vrijheid van vestiging aangemerkt (C-169/07, *Hartlauer*, [NJ 2009/314](#)). In het verlengde hiervan oordeelt het Hof in de onderhavige zaak dat ook demografische en geografische criteria een beperking vormen van de vrijheid van vestiging. Door deze regels wordt de vestiging van apotheken in Spanje voor unieburgers uit andere lidstaten immers minder aantrekkelijk gemaakt.

Het enkele feit dat een maatregel een beperking van het vrij verkeer vormt, hoeft nog niet fataal te zijn. Inbreuken op de vrijheid van vestiging zijn toegestaan, indien een geslaagd beroep kan worden gedaan op een verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgrond ([artikel 52](#) VWEU), of op de *rule of reason* zoals die in de rechtspraak van het Hof is ontwikkeld. Voor

6. een succesvol beroep hierop dient aan vier voorwaarden te zijn voldaan: de maatregelen moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in een dwingende reden van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (C-55/94, *Gebhard*, [NJ 1997/53](#)). Is in de besproken zaak aan deze voorwaarden voldaan?

Het Hof stelt eenvoudig vast dat aan de eerste twee voorwaarden is voldaan (r.o. 61–66). In eerdere zaken heeft het Hof onder verwijzing naar [artikel 52, eerste lid](#), VWEU (voorheen artikel 46 EG) al geoordeeld dat de bescherming van de volksgezondheid, en in het bijzonder het doel, een veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen, een beperking van het vrij verkeer kan rechtvaardigen (zie bijvoorbeeld zaak

7. C-531/06, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2009, p. I-04103 r.o. 52). Thans onderstreept het Hof dit door ook te verwijzen naar [artikel 168, eerste lid](#), VWEU (voorheen artikel 152 EG), alsmede [artikel 35](#) van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, op grond waarvan bij de bepaling en de uitvoering van elk beleid en elk optreden van de Europese Unie met name een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid wordt verzekerd.
8. Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of de regeling geschikt is om het beoogde doel te waarborgen. Het Hof komt, rekening houdend met de beoordelingsmarge, tot de conclusie dat dit *in beginsel* het geval is. Een regeling waarbij slechts één apotheek per zoveel inwoners kan worden gevestigd, kan leiden tot een evenwichtige spreiding van apotheken, zodat de gehele bevolking toegang heeft tot farmaceutische zorg. Doordat apothekers zich niet mogen vestigen

in gebieden waar al voldoende apotheken zijn, worden zij namelijk aangemoedigd om zich te vestigen in gebieden met te weinig apotheken. Daarbij kunnen aanvullende voorwaarden nodig zijn, zoals het voorschrijven van een minimumafstand en het hanteren van bepaalde (niet-discriminerende!) criteria bij de selectie van apothekers. Maar daarmee is nog niet alles gezegd. Om tot een definitief oordeel te komen over de geschiktheid, dient ook de consistentie van de regeling te worden onderzocht. Bij de beoordeling hiervan is het Hof streng. Een regeling is slechts geschikt wanneer de verwezenlijking van het doel daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd. Ook in de betrokken zaak gaat het Hof vrij ver in de toetsing. Bij uniforme toepassing van de voorwaarden zou volgens het Hof het risico kunnen bestaan dat geen adequate farmaceutische zorg wordt geboden in gebieden met bepaalde bijzondere demografische kenmerken, bijvoorbeeld op het platteland of juist in een dichtbevolkte stad. Zowel de nationale regeling, als de regeling in Asturië bieden (zij het met een welwillende lezing) de mogelijkheid om af te wijken van de standaardnormen. Het Hof geeft de verwijzende rechter de opdracht om na te gaan of de bevoegde autoriteiten ‘in elk geografisch gebied met bijzondere demografische kenmerken waar strikte toepassing van de basisregels ertoe kan leiden dat zich onvoldoende apotheken vestigen om adequate farmaceutische zorg te waarborgen,’ ook daadwerkelijk gebruik maken van deze bevoegdheid (r.o. 102). Pas dan is de regeling én de wijze waarop deze wordt toegepast, consistent. Het uitvoeren van een dergelijk onderzoek lijkt mij voor de nationale rechter een lastige opgave. Wat wordt precies bedoeld met ‘bijzonder demografische kenmerken’ of ‘adequate zorg’? Het Hof oordeelt tenslotte, wederom rekening houdend met de beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken op het gebied van de volksgezondheid, dat de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om het nagestreefte doel te bereiken. Hiermee is ook aan de vierde voorwaarde voldaan.

Conclusie: De Spaanse regeling vormt weliswaar een beperking van de vrijheid van vestiging, maar deze beperking kan worden gerechtvaardigd, *tenzij* toepassing van de standaardnormen ertoe leidt dat in gebieden met specifieke geografische kenmerken onvoldoende apotheken kunnen worden gevestigd om adequate farmaceutische zorg te waarborgen.^[1] Zoals gezegd is

9. het maar de vraag of de Spaanse rechter geholpen is met dit antwoord voor de beslechting van de zaken Gómez en Pérez. Mijns inziens verdient het de voorkeur de rechten en verplichtingen in een zuiver interne situatie zo veel mogelijk te laten aansluiten bij de interstatelijke situatie. Kennelijk was de Spaanse rechter ook deze mening toegedaan, anders zou een prejudiciële vraag weinig zinvol zijn geweest.

10. Het arrest maakt duidelijk dat voorwaarden met betrekking tot de bevolkingsdichtheid en een verplichte minimumafstand, oftewel demografische en geografische criteria, een beperking vormen van de vrijheid van vestiging. De discussie over de toelaatbaarheid van dit soort beperkingen lijkt ook buiten het gebied van de apotheken actueel. Eerder dit jaar oordeelde het Hof in de zaak *Attanasio* over de verplichte minimumafstand tussen tankstations langs Italiaanse autowegen (C-348/08, 11 maart 2010, n.n.g.). Ook de Dienstenrichtlijn bevat ten aanzien van dienstverrichters die zich willen vestigen in een lidstaat een bepaling die hier op ziet; ingevolge artikel 15, tweede lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn zijn kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name in de vorm van beperkingen op basis van bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters, slechts onder strikte voorwaarden toelaatbaar. In het Handboek van de Commissie aangaande deze richtlijn worden als voorbeelden van kwantitatieve beperkingen genoemd; beperkingen aan

het aantal marktdeelnemers dat zich kan vestigen, of eisen die inhouden dat het aantal toegelaten marktdeelnemers wordt bepaald aan de hand van het inwonertal (Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf, p. 3). Ik verwacht dat het onderwerp in Nederland de komende tijd in de belangstelling zal staan. Met name in gemeentelijke regelgeving zijn diverse voorbeelden te vinden van kwantitatieve en territoriale belemmeringen. Het betreft onder meer verplichte minimumafstanden tussen horecagelegenheden of een maximering van de omvang of het aantal ondernemingen, zoals supermarkten, bouwmarkten, hotels of coffeeshops. Vaak houdt deze beperking verband met het aantal inwoners van het betreffende gebied. Dergelijke voorschriften kunnen het vrij verkeer belemmeren. Recentelijk is, mede naar aanleiding van de Dienstenrichtlijn, al de discussie ontstaan in hoeverre in bestemmingsplannen kwantitatieve eisen kunnen worden opgenomen om bepaalde branches van detailhandel en horeca te reguleren (Zie G.H.J. Heutink, 'Branchering in de detailhandel en [art. 3.1.2 lid 2 Bro](#)', *Gst.* 2009/61 afl. 2009-7319, S. Verschuur en B. Nijhof, 'Het dpo en de Dienstenrichtlijn: einde van een gevestigde ruimtelijke ordeningspraktijk?', *BR* 2010/51, p. 286 en I. Haverkate, 'Regulatoire belemmeringen voor detailhandelsvestigingen in Nederland. Geen Europeesrechtelijke ruimte voor onderzoek naar lokale marktruimte', *BR* 2009/103, p. 523-529).^[2.1]

11. Aan de hand van het bekende toetsingsschema van het Hof dient te worden nagegaan of de belemmerende bepalingen in de gemeentelijke regelgeving in overeenstemming zijn met het unierecht. Dit geldt niet alleen voor activiteiten die vallen binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, waarin de *rule of reason* is gecodificeerd (artikel 9 Dienstenrichtlijn); ook ondernemingen die buiten de reikwijdte van deze richtlijn vallen, zoals de apotheken uit onderhavige zaak, mogen op grond van [artikel 49](#) VWEU immers bij de uitoefening van het vrij verkeer niet worden belemmerd door ongerechtvaardigde beperkingen. Een verschil is wel dat ten aanzien van activiteiten die vallen onder de Dienstenrichtlijn, een notificatieplicht geldt; alle nieuwe bepalingen met kwantitatieve of territoriale beperkingen dienen te worden gemeld aan de Europese Commissie (artikel 15, zevende lid, van de Dienstenrichtlijn). Ten aanzien van reeds bestaande beperkingen geldt een onderzoeksplicht (artikel 15, tweede en derde lid).

12. Zoals gezegd dienen voor een beroep op de *rule of reason* de voorschriften om te beginnen zonder onderscheid naar nationaliteit te worden toegepast. Vervolgens dient te worden gekeken naar het belang dat de kwantitatieve of territoriale eisen kan rechtvaardigen. Dit zal over het algemeen niet zo'n probleem zijn. In de jurisprudentie van het Hof is een groot aantal gronden erkend als dwingende reden van algemeen belang, waaronder goede ruimtelijke ordening, verkeersveiligheid en consumentenbescherming. Economische belangen daarentegen kunnen geen rechtvaardiging vormen voor een beperking van het vrij verkeer (C-109/04, *Kraneman*, *Jur.* 2005, p. I-2421, r.o. 34). Het feit dat de ene pizzeria het onderspit zal delven als een ander zich in de buurt vestigt, mag dus geen reden zijn om het aantal Italiaanse restaurants te maximeren. Lastiger is echter beantwoording van de vraag of een regeling geschikt is en zo ja, of deze evenredig is. Zoals uit de besproken zaak blijkt, moet dit serieus worden onderzocht. Het vereiste van consistentie en samenhang van de regeling heeft in de jurisprudentie steeds meer betekenis heeft gekregen (zie ook Conclusie van AG M. Poiares Maduro in deze zaak 21-24). Niet alleen moet de regeling geschikt zijn om het beoogde doel te verwezenlijken, ook de uitvoering ervan in de praktijk moet hiermee

in overeenstemming zijn. In de eerdergenoemde zaak Attanasio is het belang van de geschiktheid van de regeling eveneens zichtbaar. In die zaak vormde niet de rechtvaardigingsgrond, maar de geschiktheid en evenredigheid het struikelblok. Het Hof oordeelde dat de door Italië aangevoerde doelstellingen van verkeersveiligheid, bescherming van de gezondheid en van het milieu en consumentenbescherming weliswaar zijn aanvaard als dringende reden van algemeen belang, maar zag niet in op welke wijze de verplichte minimumafstand tussen de tankstations zou kunnen leiden tot verwezenlijking hiervan (r.o. 51–56 Attanasio).

13. Kortom, het is mogelijk om ter regulering van de vestiging van ondernemingen kwantitatieve en territoriale eisen op te nemen in gemeentelijke regelgeving, zolang deze de toets van het unierecht kunnen doorstaan. Een gemeente die wordt geconfronteerd met een burger die betoogd dat een dergelijke beperking in strijd is met het unierecht, doet er goed aan niet alleen te verwijzen naar een erkende rechtvaardigingsgrond, maar tevens te motiveren waarom deze regeling consistent is en niet verder gaat dan noodzakelijk is. Voor zover de activiteit die de onderneming verricht onder de Dienstenrichtlijn valt, dient de maatregel bovendien te worden gemeld aan de Europese Commissie.

Voetnoten

Voetnoten

Marleen R. Botman is promovenda aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en verbonden aan [\[*\]](#) het VU University Amsterdam Centre for Law and Governance. Zij doet onderzoek naar de tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn in Nederland.

[\[1.\]](#) Thans is bij het Hof nog aanhangig een prejudiciële vraag over de demografische en geografische vestigingseisen voor apothekers in Italië (C-60/09, Rubano, 18 april 2009).

[\[2.\]](#) De discussie spitst zich met name toe op de vraag in hoeverre distributieplanologie een rol kan spelen bij het vaststellen van eisen in het kader van een goede ruimtelijke ordening, gelet op artikel 14, vijfde lid, van de Dienstenrichtlijn, waarin is bepaald dat een vergunning niet afhankelijk mag worden gesteld van toepassing per geval van economische criteria.